

Aspectos administrativos do Direito Ambiental (*)

ÁLVARO LAZZARINI (**)

Desembargador - SP

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Direito Ambiental e Poder de Polícia. 3 - Poder de Polícia, Polícia e Poder da Polícia. 4 - Polícia Administrativa e Polícia Judiciária. 5 - Limites do Poder de Polícia. 6 - Controle do Ato de Polícia. 7 - Conclusões

1 - Introdução

A disciplina jurídica dos espaços planetários, seja para preservá-los em sua naturalidade, seja para ocupá-los de forma mais racional e sadia para o homem, no conceito de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁽¹⁾ é o moderno e polêmico Direito Ambiental, capítulo dos mais importantes do Direito Administrativo, e que tem como sub-ramos o Direito Ecológico e o Direito Urbanístico.

Afirmar ser moderno, porque o homem passou a ser objeto das especulações ambientais só a partir de 1972, quando da realização, em junho daquele ano, em Estocolmo, Suécia, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, com o significado mais importante de ter sido firmada a Declaração Sobre o Meio Ambiente Humano, ou seja, a Declaração de Estocolmo, constituída por 26 princípios que refletiam o cerne das preocupações e concepções ambientais da época, como anota Édís Milaré, na sua Legislação Ambiental do Brasil.⁽²⁾

Afirmar, também, ser polêmico, pelo que se verifica nos órgãos de comunicação social, pois, "Alguns observadores crêem que o extremismo ecológico, saído das franjas do chamado movimento verde, se tornou num novo escudo ideológico para muitas pessoas anteriormente envolvidas em grupos de esquerdismo extremista", e "seu propósito camuflado é minar o progresso tecnológico e queimar o capitalismo."⁽³⁾ De lado esse aspecto de natureza ideológica, que eventualmente possa existir, há também aspectos de Direito Administrativo que causam polêmicas sérias quanto à competência para o exercício do Poder de Polícia Ambiental, nos quatro modos de atuação a que se refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁽⁴⁾ ou seja, a quem cabe a ordem de polícia, a quem cabe o consentimento de polícia, a quem cabe a fiscalização de polícia e a aplicação da sanção de polícia, aliás, conforme tive oportunidade de examinar em monografias que cuidam da Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar⁽⁵⁾, que diz respeito ao Direito Ecológico, e do Direito Administrativo e Prevenção de Incêndio⁽⁶⁾, bem como em O Corpo de Bombeiros e o Poder de Polícia,⁽⁷⁾ esses dois últimos direcionados ao Direito Urbanístico, embora o incêndio em uma floresta ou, então, em uma mata seja uma catástrofe ecológica e sua prevenção seja Poder de Polícia Ambiental.

Como a I Semana de Direito Ambiental está dirigida a todos os profissionais do Direito, como também Engenheiros Industriais, Empreendedores Imobiliários, Empreiteiras e todos aqueles que, de uma forma ou de outra dependam do Direito Ambiental - e não há quem dele não dependa - passarei a abordar aspectos do importantíssimo capítulo do Direito Administrativo que é o Poder de Polícia, mesmo porque a Constituição de 1988, no artigo 225, § 1º, firma incumbir ao Poder Público assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O implemento de medidas legais pelo Poder Público para a proteção ambiental do homem só se torna possível, administrativa, civil e penalmente, pelo regular exercício do Poder de Polícia, quer na preservação, quer na conservação do meio ambiente, aquela não admitindo o seu uso, com ausência de ação antrópica, esta, a conservação, admitindo o uso, com o manejo auto-sustentado.⁽⁸⁾

2 - Direito Ambiental e Poder de Polícia

A Constituição de 1988, no artigo 21, XXIII, estabelece competir à União "explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer o monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados", tudo dentro dos princípios e condições que enuncia em três alíneas, a última da qual cuida da responsabilidade civil objetiva, isto é, independente da existência de culpa, por danos nucleares. A nossa Carta, ainda no artigo 23, III, VI e VII, estabelece ser da competência comum da União, dos Estados, do

3 - DYSON, John. Biotecnologia sob ataque. "Seleções do Reader's Digest", fevereiro de 1994, edição do Brasil, págs. 59-64; SIKIS, Alfredo. Meio Ambiente - Os verdes no poder local, artigo publicado em a "Folha de S. Paulo", edição de 3ª feira, 15.3.1994. Caderno Coridiano, pág. 2, que cuida da participação, cada vez maior, dos partidos ecologistas no poder local e das suas coligações com a esquerda e a centro-esquerda.

4 - FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. Obra e ed. cit., pág. 340.

5 - LAZZARINI, Álvaro. A Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar. "Revista de Informação Legislativa", Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 29, n° 116, out./dez. 1992, págs. 153-162.

6 - LAZZARINI, Álvaro. Direito Administrativo e Prevenção de Incêndio. "Revista de Direito Administrativo", Editora Renovar, Rio de Janeiro, out./dez. 1991, v. 186, págs. 114-132.

7 - LAZZARINI, Álvaro et alii. "O Corpo de Bombeiros e o Poder de Polícia", Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1992, págs. 13-23.

8 - MELE, João Leonardo. "Quadro Sinótico do Direito Ambiental no Brasil" 1994, São Paulo, trabalho inédito.

(*) Exposição sobre o tema na I Semana do Direito Ambiental, organizada pela Fundação Instituto de Ensino para Osasco e com apoio da Prefeitura do Município de Osasco, Escola Paulista da Magistratura e Bradesco, Paço Municipal de Osasco, São Paulo, em 28 de março de 1994.

(**) Professor de Direito Administrativo da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e da Escola Paulista da Magistratura e Sócio Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo.

1 - FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. Curso de Direito Administrativo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 8ª ed., 1989, pág. 448.

2 - MILARÉ, Édís. Legislação Ambiental do Brasil, 1991, Edições APMP, São Paulo, pág. 532.

Distrito Federal e dos Municípios "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, protegendo, assim, o meio ambiente e combatendo a poluição em qualquer de suas formas, preservando as florestas, a fauna e a flora. No artigo 24, I, estabelece a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, que diz respeito à denominada massa cinza, cabendo à União a competência limitada de estabelecer normas gerais (artigo 24, § 1º), o que não exclui a competência suplementar dos Estados (artigo 24, § 2º), salvo se inexistir lei federal sobre normas gerais, hipótese que os Estados exercerão a competência plena, para atender as suas peculiaridades (artigo 24, § 3º), certo, contudo, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário (artigo 24, § 4º).

A Constituição de 1988 dedica, outrossim, todo um capítulo ao meio ambiente (Capítulo VI do Título VIII, que trata da Ordem Social), consubstanciado, no seu artigo 225, com 6 (seis) parágrafos e 7 (sete) incisos no seu § 1º. No cuidar sobre os princípios gerais da atividade econômica, no Capítulo I do Título VII, que trata Da Ordem Econômica e Financeira, o artigo 170 estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observará, entre outros, o princípio de defesa do meio ambiente (artigo 170, VI).

No Estado de São Paulo, a Constituição Estadual de 1989, cuida "do Meio Ambiente, dos Recursos Naturais e do Saneamento", no Capítulo IV do Título VI, que é o "Da Ordem Econômica", artigos 191 a 216.

O Município rege-se por lei orgânica, que deve atender os princípios estabelecidos na Constituição do respectivo Estado, por expressa exigência do artigo 29 *caput*, da Constituição de 1988, e artigo 144 da Constituição do Estado, competindo-lhe, nos termos do artigo 30 daquela Carta Federal, legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, II), promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, VIII).

Dessa normatização constitucional, como assevera o ambientalista Vladimir Passos de Freitas,⁹ surge, para as entidades federadas, a atribuição do poder de legislar e, como consequência direta, o de fiscalizar, sendo que fiscalização, como entendo, é um dos modos de atuação do poder de polícia, com a dupla utilidade de realizar a prevenção das infrações pela observação do comportamento dos administrados, relativamente às ordens e aos consentimentos de polícia; em segundo lugar, prepara a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infragentes, tudo conforme lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a que voltarei logo mais.

Pode, pois, a denominada Polícia Ambiental ser executada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, certo que, como salienta Vladimir Passos de Freitas, "este poder que é, normalmente, exercido para limitar os direitos individuais, pode ser dirigido, também, contra as mesmas pessoas jurídicas de Direito Público. Entre elas não há hierarquia no nosso sistema federativo. Assim, desde que uma delas esteja atuando nos limites de sua competência, firmada na Constituição Federal, as outras deverão curvar-se e obedecer,"¹⁰ inclusive, na regularização fundiária nas áreas de interesse ambiental.

Lei, como exemplo, do município paulista de Santos, que a pretexto de proibir a captação do "calichirus SP", o conhecido, "corrupto", na orla marítima do município, deter-

minou competir à Guarda Municipal a fiscalização do seu cumprimento¹¹ é lei de duvidosa constitucionalidade no que concerne à competência municipal para subsidiar medida da Polícia Florestal do Estado de São Paulo quanto à Guarda Municipal, atribuindo a esta atividade que lhe é vedada, pois, a sua competência está prevista no artigo 144, § 8º, da Constituição de 1988, sendo pacífica a doutrina e jurisprudência no sentido de que não cabe às guardas municipais os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração de infrações penais¹² por ser guarda patrimonial).¹³

O exercício do poder de polícia ambiental, como adverte Paulo Affonso Leme Machado¹⁴, "supõe a existência e a atuação de órgão público ambiental", com competência para a prática do ato que o concretiza, isso acrescento, mesmo porque é em esse sentido que entendo a idéia sintetizada no princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro (UNCED/92) que, com a adesão unânime dos membros da ONU, afirma: "O melhor modo de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, em nível relevante, de todos os cidadãos interessados. No plano nacional cada indivíduo deve ter adequado acesso às informações relativas ao meio ambiente, que estejam em poder das autoridades públicas, compreendidas as informações concernentes às substâncias e atividades perigosas existentes em suas comunidades, e ter possibilidade de participar no processo de tomada de decisões. O Estado deve facilitar e encorajar a conscientização e a participação do público tornando as informações facilmente disponíveis. Deve ser assegurado acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos, inclusive no concernente a sanções e reparações".

A participação de todos os cidadãos interessados, em nível relevante, e o encorajamento pelo Brasil para essa participação, no entanto, não está a dizer que todas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, podem exercer atividade de polícia ambiental, como examinarei na Teoria Geral do Poder de Polícia, que logo abordarei.

Lembro, antes, que a cada restrição de direito individual - expressa ou implícita na norma legal - corresponde equivalente Poder de Polícia Administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva ou fazê-la obedecida¹⁵.

Só órgão público competente para o ato pode exercer o Poder de Polícia, à vista, não só das normas constitucionais, como infraconstitucionais e, também, infralegais, enfim de um extenso emaranhado de leis, decretos e resoluções, o que Édís Milaré denominou de "textos básicos sobre o meio ambiente no Brasil, de acordo com a nova ordem constitucional e com as inovações introduzidas pelo Programa Nossa Natureza e Plano Brasil Novo", textos estes que renderam 636 (seiscentas e trinta e seis) páginas do seu precioso livro *Legislação Ambiental no Brasil*, editado por Edições APMB, em São Paulo, no ano de 1991. Tal emaranhado está a indicar a urgente necessidade de uma Codificação, senão total pelo menos parcial do denominado Direito Ambiental, ou, ainda, a sua consolidação, tudo para dar segurança jurídica, não só para os operadores do Direito, sejam

11 - Lei nº 1.293, de 17 de dezembro de 1993, do Município de Santos, São Paulo, artigo 1º, que alterou o parágrafo único do artigo 2º da lei nº 850, de 19 de março de 1992, dando-lhe nova redação.

12 - Acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 27 de maio de 1993, na Apelação Criminal nº 140.786-3, de Cotia, relator Desembargador Dante Busana, in *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, LEX editora, São Paulo, v. 146, págs. 304-308; idem acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 3 de março de 1994, na Apelação Criminal nº 124.767-3/5, de Americana, relator Desembargador Cunha Bueno, ainda não constante de repertórios de jurisprudência; idem acórdão unânime da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação criminal nº 96.007-3/7, de Araras, relator Desembargador Weiss de Andrade, apud CRETELLA JUNIOR, José, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", 1ª ed., 1992, Forense Universitária, Rio de Janeiro, pág. 3.426.

13 - Idem, ibidem.

14 - LEME MACHADO, Paulo Affonso, "Estudos de Direito Ambiental", 1994, Malheiros Editores, São Paulo, pág. 79.

15 - LOPES MEIRELLES, Hely, "Direito Administrativo Brasileiro", 18ª ed., 1993, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, pág. 117.

9 - PASSOS DE FREITAS, Vladimir, *Direito Administrativo Ambiental*, 1993, Jurati Editora, Curitiba, pág. 71.

10 - PASSOS DE FREITAS, Vladimir, *Obra e ed. cit.*, pág. 73.

juristas ou policiais, como, e principalmente, para o administrado, ou seja, o povo que tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao certo, nesta oportunidade, não irei interpretar e, tampouco, decifrar esse emaranhado que se denomina legislação ambiental no Brasil de hoje. Penso, no entanto, que a Teoria Geral do Poder de Polícia auxiliará a compreender a ação do Estado frente à problemática do meio ambiente, quer por parte dos órgãos públicos que constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), como por parte dos cidadãos interessados no magno problema do meio ambiente no Brasil, inclusive no que toca à efetivação da regularização fundiária.

Passo, assim, a examinar o Poder de Polícia.

3 — Poder de Polícia, Polícia e Poder da Polícia

Quem assegura a ordem pública é a polícia. Lembro, porém, que a ordem pública é mais fácil de ser sentida do que definida,¹⁶ sendo, no entanto, a sua noção a de ausência de desordens, isto é, de atos de violência contra as pessoas, os bens e o próprio Estado.¹⁷ A ordem pública tem três aspectos: a segurança pública, a tranquilidade pública e a salubridade pública,¹⁸ cabendo, assim, à polícia preservá-los, reprimindo as infrações, administrativas ou penais, que não conseguiu evitar, mesmo no campo do meio ambiente.

A idéia de polícia, aliás, é inseparável da idéia de Estado, como o afirma José Cretella Júnior.¹⁹ Atribui-se a Honoré de Balzac a afirmação de que “os governos passam, as sociedades morrem, a polícia é eterna”.²⁰ Na realidade, ela o é, porque, as nações podem deixar de ter suas forças armadas, mas nunca podem prescindir da sua força pública, isto é, da sua polícia,²¹ que designa o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a ordem pública, a moralidade, a saúde pública e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais.²²

Importante, no entanto, é a colocação de José Cretella Júnior no sentido de que “ao passo que a polícia é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o poder de polícia é uma faculta, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de, através da polícia, que é uma força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos. Usando a linguagem aristotélica-tomista continua José Cretella Júnior – podemos dizer que o poder de polícia é uma potencialidade, é algo em potência, ao passo que a polícia é uma realidade, é algo em ato. O poder de polícia legitima a ação de polícia e a sua própria existência, concluiu, com rigor científico, José Cretella Júnior.²³

A tudo isso ele acrescenta, no seu Tratado de Direito Administrativo²⁴, que “se a polícia é uma atividade ou aparelhamento, o poder de polícia é o princípio jurídico que informa

16 - Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n° 1.023, da Suíça, 30.9.1942, vot. unân., relator Ministro Otacímio Nonato, “Revista dos Tribunais”, v. 148, pág. 771.

17 - KNAAPP, Blaise. Précis de droit administratif, Editions Helbing & Lichtenhahn, Balé et Francfort-sur-le-Main, Suíça, 1980, pág. 20.

18 - ROLAND, Louis. Précis de droit administratif, 9° ed., 1947, Librairie Daloz, Paris, França, pág. 399; idem, BERNARD, Paul. La notion d'ordre public en droit administratif, 1962, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand Auzias, Paris, França, págs. 12 e 25.

19 - CRETELLA JÚNIOR, José. Conceituação do Poder de Polícia, “Revista do Advogado”, Associação dos Advogados de São Paulo, n° 17, abril/1985, pág. 53.

20 - Revista Superinteressante, Ano 2, n° 5, maio de 1988, Editora Abril, São Paulo, pág. 82.

21 - LAZZARINI, Alvaro et alii. “Direito Administrativo da Ordem Pública”, 2° ed., 1987, Forense, Rio de Janeiro, pág. 19.

22 - DE PLACIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, v. III, 1° ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete Polícia, pág. 1.174.

23 - CRETELLA JÚNIOR, José. “Lições de Direito Administrativo”, 2° ed., 1972, José Boshatsky Editor, São Paulo, pág. 227.

24 - CRETELLA JÚNIOR, José. “Tratado de Direito Administrativo”, v.v., Polícia Administrativa, 1° ed., 1968, Forense, Rio de Janeiro, pág. 51.

essa atividade, justificando a ação policial nos Estados de Direito, continuando por afirmar que, por sua vez, o “Poder da polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo – insiste José Cretella Júnior –, diríamos: em virtude do poder de polícia, o poder da polícia é empregado pela polícia a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado”.

4 – Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

Há, no Poder de Polícia, uma dicotomia que interessa à preservação e à conservação do meio ambiente. Esse poder administrativo, com efeito, se concretiza em duas atividades, ou seja, a de polícia administrativa e a de polícia judiciária, ambas presentes na temática do Direito Ambiental. A dicotomia, no entanto, tem gerado confusão não só no espírito dos leigos, como também no do legislador, bem como disputas entre entes estatais, autárquicos fundacionais e paraestatais e, ainda, entre órgãos policiais, que não se acomodam nos limites de suas competências institucionais e, assim, nos limites do Poder de Polícia, tudo em prejuízo do administrado que, quase sempre, acaba por sucumbir aos abusos de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, como é comum na Administração Pública em geral, inclusive, no manejo do Direito Ambiental.

O Poder de Polícia é um poder administrativo, porque, conceitualmente, ele, que legitima o poder da polícia e a própria razão de ela existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegáveis aos entes particulares, embora possa estar ligado àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.

Dai por que a polícia administrativa e a polícia judiciária são exteriorização de atividade de tipicamente administrativa, malgrado a última polícia ser qualificada de judiciária.

A polícia administrativa propriamente dita é preventiva, regida pelas normas e princípios de Direito Administrativo, enquanto que a polícia judiciária é repressiva, exercendo atividade administrativa de auxiliar da repressão criminal. A polícia judiciária, necessário é insistir não integra o Poder Judiciário, nem como órgão administrativo. Este Poder da Soberania Nacional, num Estado Democrático de Direito, detém o monopólio da jurisdição e, bem por isso, ele é que procede à repressão criminal, sendo auxiliado pelo órgão do Poder Executivo que, administrativamente, exerce a atividade de polícia judiciária e que, assim, deve observar as normas e princípios do Direito Processual Penal.

Em tema de meio ambiente, por exemplo, os órgãos licenciadores, como possam ser o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e, ainda, os da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, exercem típica atividade de polícia administrativa, dando o consentimento de polícia ou negando-o, fazendo, inclusive a fiscalização de polícia, dando suas ordens de polícia e, falhando todo o mecanismo, verificada a infração às normas da legislação ambiental de regência, aplicam as sanções administrativas de polícia ambiental, nos limites de suas competências. A repressão administrativa não se confunde com atividade de polícia judiciária, esta voltada a só apuração de ilícitos penais, inclusive, diante do Direito Ambiental e que não se confundem com polícia de segurança, setor da administrativa voltado à prevenção Criminal.

O mesmo órgão, porém, pode ser eclético no exercício do Poder de Polícia, e dentro dos limites de sua competência constitucional ou infraconstitucional, porque age preventiva e repressivamente, ou seja, passa, necessária e automaticamente, da atividade policial preventiva para o exercício da atividade policial repressiva, dado que ocorreu o ilícito que não conseguiu evitar. Quando o ilícito for penal, ter-se-á, então, atividade de polícia judi-

ciária consubstanciada na denominada repressão imediata por parte do órgão policial exercente da atividade de polícia preventiva.

Não é, aliás, o rótulo do órgão público que qualifica a atividade de polícia. O que a qualifica em polícia administrativa (preventiva) e polícia judiciária (repressiva) é e sempre, a atividade de polícia em si mesmo desenvolvida.

Isto está a demonstrar que a linha de diferenciação, entre o que seja polícia administrativa (preventiva) e polícia judiciária (repressiva), é bem precisa, porque, será sempre a ocorrência ou não de um ilícito penal,²⁵ posição nossa acolhida por Maria Zanella Di Pietro.²⁶

Esta distinção é importante em termos de competência administrativa para os atos previstos na legislação ambiental em vigor, lembrando-se, a propósito, algo que os órgãos envolvidos no Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA esquecem e originam conflitos de atribuições, ou seja, “A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há em direito administrativo competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”.²⁷

A importância dessa situação de polícia administrativa e de polícia judiciária acentua-se, igualmente, em termos de competência jurisdicional, pois, o controle jurisdicional do ato de polícia administrativa é da competência do órgão jurisdicional a que caiba o processo e julgamento da causa da Fazenda Pública, enquanto que ato de polícia judiciária é o do órgão que detenha a competência criminal, tudo como dispuser em as leis de organização judiciária do Estado Federado ou do Distrito Federal, bem como da Justiça Federal, quando caso.

No Estado de São Paulo, por exemplo, sem adentrar a competência da Justiça Federal, atos de polícia administrativa praticados por policiais militares na proteção do meio ambiente são julgados pelo juízes de direito que detenham a competência do cível, nas Comarcas do Interior, enquanto que na de São Paulo e na que tenha a da Fazenda Pública, a competência é das Varas da Fazenda Pública, com recurso para o Tribunal de Justiça do Estado, Primeira Seção Civil.

Aliás, em relação à Polícia Militar do Estado de São Paulo, é necessário esclarecer que ela integra o Sistema de Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente, mediante as suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da prevenção e repressão das infrações cometidas contra o meio ambiente, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados, tudo conforme a Constituição do Estado de São Paulo, no seu artigo 195, parágrafo único, que interpretei, sistemicamente, no indicado trabalho sobre A Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar, (nota 5), concluindo, então, que “a Polícia Militar, principalmente pelas suas unidades especializadas, pode fazer a prevenção e repressão das infrações florestais, inclusive o respectivo inquérito, salvo quando o fato ocorrer em terras da União ou tiver repercussão interestadual ou internacional, cabendo então o inquérito, e só ele, à Polícia Federal, que detém exclusividade na função”, enquanto que “a Polícia Civil poderá, concorrentemente com a Polícia Militar e ressalvada a competência da Polícia Florestal, efetuar o inquérito sobre as infrações penais florestais, não lhe cabendo missões preventivas, administrativas, por falta de previsão legal, a nível constitucional e infraconstitucional”.

Todos esses aspectos do Direito Administrativo e que envolvem o Poder de Polícia devem ser considerados por quem o detenha no âmbito do Direito Ambiental, pois, para considerar-se regular o seu exercício, ele há de ser “desempenhado pelo órgão competente

nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”, conforme dispõe o artigo 78, parágrafo único, da Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida como Código Tributário Nacional, pois dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e instituiu normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, lembrando a propósito, que o poder administrativo que examino, o Poder de Polícia, ainda hoje é referido uma única vez na Constituição da República, ou seja, em seu artigo 145, II, ao cuidar dos princípios gerais Do Sistema Tributário Nacional e prever “taxas, em razão do exercício do poder de polícia”.

Regular, assim, o ato de polícia administrativa, ele goza de atributos, que são o discricionarismo, a auto-executoriedade e a coercibilidade, próprios do Poder de Polícia.

A discricionariedade é o uso da liberdade legal de valoração da atividade policiada, sendo que esse atributo diz respeito, também, à gradação das sanções administrativas aplicáveis aos infratores. Lembro, porém, que o discricionarismo de que falo, diz respeito à conveniência e oportunidade da prática do ato de polícia diante da atividade policiada, não se confundindo com arbítrio, com arbitrariedade. O Poder de Polícia há de ser exercido dentro dos limites impostos pela lei, pela realidade e pela razoabilidade, sob pena de resvalar para a arbitrariedade a autoridade que não observe tais limites, com a consequência jurídica decorrente do seu abuso de autoridade, por excesso ou desvio de poder.

A auto-executoriedade do ato de polícia administrativa importa em ele produzir todos os seus efeitos de imediato, isto é, ser colocado em execução desde logo, independente de prévia autorização do Poder Judiciário, que só poderá ser chamado a intervir a posteriori. Lembro, novamente, que o Poder de Polícia objetiva conter excessos, a atividade anti-social e, em tema do meio ambiente, preservar ou conservar a denominada massa verde (florestas, matas, etc) e a chamada massa cinza (meio urbano), dando proteção ao homem contra a degradação ambiental, razão pela qual não ser possível condicionar atos de polícia à prévia aprovação de qualquer outro órgão de Poder estranho à Administração Pública.

No que se refere à coercibilidade, lembro que todo ato de polícia é imperativo, isto é, obrigatório ao seu destinatário, que, se resistir, ensejará, até mesmo o emprego de força física para a remoção do obstáculo oposto ao seu cumprimento. O ato de polícia, bem por isso, não é facultativo ao administrado, de vez que tem coercibilidade estatal para torná-lo efetivado. Essa coerção, como visto, dado o atributo da auto-executoriedade, independente de autorização judicial, porque é a própria Administração Pública que decide e toma as providências cabíveis para a realização do que se decidiu, impessoalmente, inclusive aplicando, dentro da discricionariedade que lhe é inerente, as penalidades administrativas que a lei de regência, expressamente indique para infrações administrativas ao Direito Ambiental.

A propósito da sanção de polícia, aliás, alinho-me com o publicista alemão Otto Mayer, separando a pena de polícia do constrangimento de polícia, que se caracteriza no obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer o que era de seu desejo, subordinando-o compulsoriamente, de maneira pessoal, imediata e direta, ao interesse público. Por sua vez, a pena de polícia, limitada à esfera administrativa e prevista taxativamente na legislação de regência da atividade policiada, tem sentido de castigo, ainda que por imposição pecuniária, revelando-se como intervenção punitiva do Estado sobre as atividades e as propriedades particulares dos administrados, sendo aplicadas, unilateral e imperativamente aos infratores,²⁸ por quem tenha competência legal para tanto.

25 - LAZZARINI, Álvaro et alii. “Direito Administrativo da Ordem Pública”, ed., cit., pág. 37.

26 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”, Editora Atlas, São Paulo, 1990, pág. 90.

27 - TACITO, Caio. “O Abuso do Poder Administrativo no Brasil - Conceito e Remédios”, edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, pág. 27.

28 - LAZZARINI, Álvaro, O Esforço no Contexto do Trânsito, “Revista de Informação Legislativa”, Senado Federal.

Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a.30, nº 117, jan./mar.1993, pág.67 - 88; idem revista “Unidade”, editada pela Associação para Pesquisas Policiais (Oficiais PM da Brigada Militar do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, nº 16.

5 – Limites do Poder de Polícia

O Poder de Polícia, fique certo, não é ilimitado, não é carta branca para quem exerce atividade de Administração Pública fazer ou deixar de fazer alguma coisa no seu devido tempo, arbitrariamente.

Repito que a Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, no seu artigo 78, parágrafo único, só considera “regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Como se verifica a própria norma infraconstitucional, que cuida do exercício do poder de polícia a que se refere o artigo 145, II, da Constituição da República, impõe barreiras ou limites intransponíveis, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos, por ação ou omissão, dos governantes e administradores públicos, e que são de três ordens no esboço magistério de José Cretella Júnior: “os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis”.⁽²⁹⁾

O mesmo publicista não erra quando, porém, abordando o tormentoso tema dos limites do Poder de Polícia, com grande propriedade e acuidade, observou que sendo discricionário e não arbitrário esse poder administrativo, fixado assim o conceito, fica-se diante do mais crucial, relevante e moderno problema do direito público: “onde termina o discricionário? onde principia o arbitrário?”⁽³⁰⁾

Essa, na realidade do dia-a-dia, a tormentosa questão com que se defrontam os operadores do direito público, sejam juristas ou simples policiais que desempenham suas ingratas missões nas ruas, nas matas e florestas, em locais de difícil acesso, sem falar do transtorno representado pelo transporte e guarda de animais e aves apreendidas, colocando-lhes a incolumidade física em risco. Essas missões policiais são desempenhadas fora do recesso dos gabinetes acarpetados e refrigerados, longe dos manuais de Direito Administrativo ou de Direito Processual Penal e, no caso do meio ambiente, sem tempo de pedir ao infrator oportunidade de verificar a completa legislação ambiental.

Em outras palavras – e fica a observação de quem já foi policial militar e hoje é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Administrativo –, diferentemente de integrantes de outras carreiras, o policial, inclusive o policial florestal, deve decidir normas jurídicas amplas e vagas, na dinâmica do cumprimento da missão policial, em condições quase sempre adversas, não podendo fugir do estrito cumprimento do dever legal de, em defesa da cidadania, em defesa do meio ambiente, etc., fazer aquelas escolhas críticas em questão de fração de segundo, a que alude George L. Kirkham, Professor de Criminologia da Universidade da Flórida, Estados Unidos da América, em artigo intitulado De Professor a Policial⁽³¹⁾, critica escolha que será sempre tomada com aquela incômoda certeza de que outros, aqueles que tinham tempo de pensar, estariam prontos para julgar e condenar aquilo que fizera ou aquilo que não tinha feito, ou seja, condenando-o como abusivo (de autoridade) ou prevaricador.

Feita essa observação, volto, porém, a insistir, com José Cretella Júnior, que “Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia que, longe de ser onipotente, incontornável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o poder de poli-

cia, restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não configure o abuso de poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem, ou recomendem a sua inovação. A coexistência da liberdade individual e o poder público repousam na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito da conveniência ou do interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo. Escreve Mário Masagão: “Pode a polícia preventiva fazer tudo quanto se torne útil a sua missão, desde que com isso não viole direito de quem quer que seja. Os direitos que principalmente confinam a atividade de polícia administrativa são aqueles que, por sua excepcional importância, são declarados na própria Constituição”.⁽³²⁾

Daí ser possível distinguir, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, três sistemas de limites ao exercício discricionário do Poder de Polícia e que são: a legalidade, a realidade e a razoabilidade, sendo que “A legalidade conforme o primeiro e o mais importante dos sistemas de limites é a moldura normativa dentro da qual deve-se conter o exercício do poder de polícia de segurança... A realidade é o segundo sistema. Não basta que estejam diretamente observados os parâmetros legais. É preciso que os pressupostos de fato do exercício do poder de polícia de segurança pública sejam reais, bem como realizáveis as suas consequências. A vivência do direito não comporta fantasias. O irreal tanto não pode ser a fundamentação como tampouco pode ser o objeto de um ato do Poder Público. Enquanto limite, a realidade também resulta óbvia, pois o mediano bom senso pode detectar a inconsistência da atuação policial se não se manifestam como reais ou realizáveis os motivos e objetos considerados, respectivamente, como fundamentos e resultados visados. A razoabilidade, por fim, é o terceiro sistema de limite, que modernamente pode-se estabelecer para distinguir a discriminação do arbitrio. Seu envolvimento mais recente deixa patente sua maior sofisticação, a começar do referencial, que é o mais difícil trato doutrinário e o mais elusivo na prática operativa: a finalidade. De modo amplo, a razoabilidade é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação da vontade do Poder Público e a finalidade específica que a lei lhe adscrive”.⁽³³⁾

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, aliás, na sua premiada monografia sobre Legitimidade e Discricionariedade⁽³⁴⁾ faz novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade e afirma, verbis: “Nossa sistematização parte de dois princípios que ao tempo de Forsthooff não tinham curso e que hoje ganham os mais sérios tratamentos de doutrina e ascendem até aos projetos constitucionais. São dois princípios técnicos que não existem autonomamente mas servem de instrumentos para que se afirmem os princípios substantivos: São eles o princípio da realidade e o princípio da razoabilidade”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também sustenta que “A discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito. ... A medida que o princípio da legalidade adquire conteúdo material antes desconhecido aos limites puramente formais à discricionariedade administrativa, concernentes à competência e à forma, outros foram sendo acrescentados principalmente pela jurisprudência dos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da lei formal, mas se estende à tarefa de criação do direito”.⁽³⁵⁾

29 - CRETILLA JÚNIOR, José. “Lições de Direito Administrativo”. - ed. e pag. citadas

30 - CRETILLA JÚNIOR, José. “Polícia e Poder de Polícia”. “Revista de Direito Administrativo”, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 162, pag. 30

31 - KIRKHAM, George L. “De Professor a Policial”, “Seleções do Reader's Digest”, março de 1975, Brasil, pag. 48

32 - FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. “Legitimidade e Discricionariedade”, 1ª ed., 1989, Editora Forense, Rio de Janeiro, pag. 37.

33 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”, Editora Atlas, São Paulo, 1991, pag. 171.

29 - CRETILLA JÚNIOR, José. “Lições de Direito Administrativo”. - ed. e pag. citadas

30 - CRETILLA JÚNIOR, José. “Polícia e Poder de Polícia”. “Revista de Direito Administrativo”, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 162, pag. 30

31 - KIRKHAM, George L. “De Professor a Policial”, “Seleções do Reader's Digest”, março de 1975, Brasil, pag. 48

6 – Controle do Ato de Polícia

Tudo o quanto foi exposto deve ser considerado pelos órgãos superiores, na fiscalização dos atos de polícia dos órgãos subordinados, pois, dentro da hierarquia, a autoridade administrativa superior deve, ordinariamente, proceder ao controle preventivo ou sucessivo desses atos, de modo a lhes garantir a legalidade e a conveniência, esta quanto aos efeitos do ato e quanto aos meios adequados para a sua prática.³⁶⁾

Se tal inoportunidade, ou seja, se por ação ou omissão da autoridade administrativa competente perpetrar-se o abuso de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, restará àquele que se sinta prejudicado a busca do controle jurisdicional do ato de polícia que ultrapassou os limites do Poder de Polícia, merecendo destaque, por correta, a afirmação de José Cretella Júnior no sentido de que "Julgando embora casos concretos, o Poder Judiciário tem assinalado, de modo genérico, os limites do poder de polícia, sob a forma de regra ou princípio, decidindo que as barreiras ao exercício desse poder se encontram na sua própria finalidade, que é a promoção do bem público", pois, "o poder de polícia entra no conceito da defesa dos direitos e dos interesses sociais do Estado, cabendo aos tribunais dizer dos limites em que aquele exercício deve conter-se".³⁷⁾

Em outras palavras, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco, o Poder Judiciário faz a Justiça do caso concreto, ou seja, o Juiz é o artífice dessa justiça, que ele há de construir com mãos habilidosas, tendo a lei como instrumento e os seus sentimentos como fonte de inspiração.³⁸⁾

Torna-se, assim, possível concluir o estudo dos Aspectos Administrativos do Direito Ambiental, voltados para o regular exercício do Poder de Polícia Ambiental.

É o que farei em seguida.

7 – Conclusões

O Direito Administrativo tem como dos seus mais importantes capítulos o Direito Ambiental, com dois sub-ramos, ou seja, o Direito Ecológico e o Direito Urbanístico.

O implemento de medidas legais pelo Poder Público para a proteção ambiental do homem, como firmado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, na denominada Declaração de Estocolmo, de 1972, e nas que se lhe seguiram, em especial na Declaração do Rio de Janeiro (UNCED/92), só se torna possível, administrativa, civil e penalmente, pelo regular exercício do Poder de Polícia, quer na preservação, quer na conservação do meio ambiente.

A preservação não admite o uso do meio ambiente, com ausência de ação antrópica. A conservação, ao contrário, admite o uso do meio ambiente, com o manejo auto-sustentado.

Em tema de meio ambiente o Poder de Polícia há de ser exercido pela denominada Polícia Ambiental, que pode ser exercida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo, sempre, por objeto de sua atividade o limite dos direitos individuais, não só das pessoas físicas, como também das pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público.

Os órgãos licenciadores do meio ambiente, como possam ser o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis e, ainda, os da Secretaria de

Estado do Meio Ambiente, exercem típica atividade de polícia administrativa, isto é, de polícia administrativa ambiental, dando o consentimento de polícia ou negando-o, fazendo, inclusive a fiscalização de polícia ambiental, dando as suas ordens de polícia e, falhando todo o mecanismo, verificada a infração às normas da legislação ambiental de regência, quando aplicam as sanções administrativas de polícia ambiental, nos limites de suas competências.

A repressão administrativa das infrações ambientais não se confunde com atividade repressiva de polícia judiciária, esta voltada à só apuração de ilícitos penais, inclusive, diante do Direito Ambiental e que, também, não se confundem com polícia de segurança, setor da administrativa voltado à prevenção criminal.

Todos esses aspectos do Direito Administrativo e que envolvem o Poder de Polícia devem ser considerados por quem o detenha no âmbito do Direito Ambiental, pois, para considerar-se regular o seu exercício, ele há de ser desempenhado por órgão público competente nos limites da lei aplicável, com observância do devido processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha por discricionária, sem excesso ou desvio de poder, vale dizer sem abuso de autoridade.

Regular o ato de polícia ambiental, ele goza de atributos, como qualquer outro ato de polícia administrativa e que são o discricionarismo, a auto-executoriedade e a coercibilidade, próprios do Poder de Polícia.

O Poder de Polícia, insista-se, objetiva conter excessos, a atividade anti-social e, em relação ao meio ambiente, preservar ou conservar a denominada massa verde (florestas, matas, etc.) e a chamada massa cinza (meio urbano), dando proteção ao homem contra a degradação ambiental, razão pela qual não ser possível condicionar atos de polícia ambiental à prévia aprovação de qualquer outro órgão de Poder estranho à Administração Pública Ambiental.

Não sendo o ato de polícia ambiental facultativo ao seu destinatário – pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público –, é a Administração Pública Ambiental que decide e toma as providências cabíveis para a efetivação do que decidiu, impositivamente, inclusive aplicando, dentro da discricionariedade que lhe é peculiar, as penalidades administrativas ambientais que a lei de regência expressamente indique para as infrações administrativas previstas no Direito Ambiental.

O ato de polícia ambiental está sujeito a limites impostos pelos princípios da legalidade, realidade e razoabilidade, o que deve ser considerado pelos órgãos ambientais superiores, na fiscalização que exercem sobre os que lhe são subordinados. A autoridade ambiental superior, assim, deve, ordinariamente, proceder ao controle, preventivo ou sucessivo, desses atos, de modo a lhes garantir a legalidade e a conveniência, esta quanto aos efeitos do ato de polícia ambiental e quanto aos meios adequados para a sua prática.

Se por ação ou omissão da autoridade administrativa ambiental competente perpetrar-se o abuso de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, restará àquele que se sinta prejudicado a busca do controle jurisdicional do ato de polícia ambiental que tenha ultrapassado os limites do Poder de Polícia Ambiental, para que ocorra a denominada "Justiça do caso concreto", ou seja, a "Justiça do Caso Concreto Ambiental."

Enfim, o Poder de Polícia Ambiental é um excelente instrumento jurídico que podemos contar para tornar efetiva a norma constitucional do artigo 225 da Constituição da República, ou seja, para que todos, de fato, tenham direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, razão de impor-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

36 – MASAGÃO, Mário. "Curso de Direito Administrativo", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 1974, pág. 63 – 64.

37 – CRETILLA JÚNIOR, José. "Polícia e Poder de Polícia", publicação cit., pág. 32.

38 – RANGEL DINAMARCO, Cândido. "Discurso de Posse no Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo no cargo de Juiz", "Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo", Lex Editora, São Paulo, v. 65, pág. 280.